

El procedimiento para la adopción de las medidas de protección: una propuesta de reforma

CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Valladolid

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	2
I. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PROPUESTA DE REFORMA.....	3
1. Incapacitación, capacidad jurídica y capacidad de obrar	3
2. La adopción de la medida de protección: principios inspiradores	5

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La ponencia en la que se enmarca la presente comunicación tiene como rúbrica *Las instituciones para la protección de la persona*, título que se adecúa a la perfección a los nuevos tiempos que exigen del Ordenamiento Jurídico una respuesta que ponga el acento en los mecanismos para la protección (representación legal, asistencia) articulados a través de las instituciones correspondientes (tutela, curatela, asistencia, patrimonios protegidos, mandatos de protección) y no en el procedimiento previo a su constitución (el llamado procedimiento para la incapacitación de la persona). La instauración de un régimen de protección exige, desde luego, un procedimiento que garantice su necesidad y su adecuación a la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la persona; un procedimiento legal que garantice los derechos y libertades recogidos en la Constitución Española, pero cuya finalidad se traslade de la incapacitación tradicional y su consiguiente privación o limitación de la capacidad de obrar, a la medida de protección adoptada en la sentencia que pone fin al procedimiento de que se trate.

Esta nueva perspectiva exige, a mi entender, una relectura de todas las normas que, dedicadas a las personas que se encuentran bajo un régimen de protección, hacen referencia a su condición de incapacitado y no al desenvolvimiento de los mecanismos de apoyo previstos para su protección. No se trata tan solo de modificar en profundidad la regulación legal del proceso sobre capacidad recogido en los artículos 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil como de re-interpretar toda la normativa legal a la luz de los principios recogidos en la Convención de Nueva York para la protección de los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada el 21 de abril de 2008 y que forma parte de nuestro Ordenamiento interno desde el 3 de mayo de ese mismo año.

Excedería, sin duda, el marco de la presente comunicación un análisis detallado de todas y cada una de las cuestiones susceptibles de revisión y adaptación normativa en el Ordenamiento Jurídico civil y, por ello, me limitaré aquí a proponer la revisión de algunos aspectos relacionados con el todavía llamado proceso de incapacitación (art. 199 y 200 CC y art.760 LEC) y su incidencia en las instituciones de protección, *lege ferenda*, pues recuérdese que en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/2011, de 1 de Agosto, de adaptación normativa a

la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Gobierno se comprometía, en el plazo de un año, a remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de adaptación normativa del Ordenamiento Jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención, *en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida*. Proyecto de ley que establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen.¹

En el mismo sentido, las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al Informe inicial presentado por España en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la Convención recogen, entre otras, la recomendación de revisar las leyes que regulan la guarda y la tutela y remplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia².

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PROPUESTA DE REFORMA

1. Incapacitación, capacidad jurídica y capacidad de obrar

En el Derecho español la provisión de un régimen de protección a la persona mayor de edad que goza de una presunción general de capacidad de obrar *ex artículo 322 CC*, requiere la previa constatación judicial de su necesidad pues, según establece el artículo 199 CC, *nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial*; tal constatación tiene lugar en un procedimiento *ad hoc* en el que deberá probarse la concurrencia de los requisitos exigidos en el Código civil reveladores de aquella necesidad de protección, existencia de *enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma* (art.200 CC).

¹ La Disposición final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, que modifica la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro civil, también recogía el compromiso de remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un proyecto de ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacidad judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Denominación poco afortunada y que ha sido abandonada, como se ha visto, en la ley de 2011

² Vid. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Sexto Periodo de Sesiones, 19 al 23 de Septiembre de 2011, n°33 y 34.

Minoría de edad e incapacitación servían para ilustrar la tradicional distinción entre la capacidad jurídica que se reconoce a todas las personas por el hecho del nacimiento y que implica la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones frente a la capacidad de obrar, identificada con la aptitud para el ejercicio de tales derechos y obligaciones. Pues bien, este planteamiento tradicional, que distingue capacidad jurídica-capacidad de obrar, es superado por el artículo 12 de la Convención que expresamente establece *que los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (nº2), adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (nº3) y asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (nº4).*

Se aprecia con claridad que la Convención utiliza exclusivamente el término capacidad jurídica y no acoge la expresión capacidad de obrar en el sentido explicado sino que adopta el término *ejercicio de la capacidad jurídica*. La incorporación respetuosa de la Convención exige, por tanto, sustituir el término capacidad de obrar por ejercicio de la capacidad jurídica, sustitución que, a mi juicio, no plantea mayor problema.

Junto a la previsión de la incapacitación del menor de edad, en la actualidad, sólo conforman el Título IX del Código civil estas dos normas que deberán reformarse y recibir una nueva redacción que ponga en valor la medida de protección o apoyo y no contenga referencia alguna a la incapacitación, expresión superada, discriminatoria, percibida socialmente como algo negativo y que supone, en muchas ocasiones, un obstáculo para la constitución de la medida de protección.

Acaso fuere conveniente, trasladar lo dispuesto en este Título IX al Título XI (Mayoría de edad y emancipación) y tras enunciar la plena aptitud para todos

los actos de la vida civil, establecer que si por razón de discapacidad la persona no puede gobernarse por sí misma se procederá a la provisión de un mecanismo de apoyo o la constitución de una medida de protección en un procedimiento ad hoc y en virtud de sentencia. Sobre la posibilidad de adelantar en el tiempo la adopción de una medida de protección para quien es aún menor de edad no parece que exista inconveniente en mantener esta opción³, si bien es forzoso reconocer que se trata de una vía poco utilizada por los padres e incluso rechazada por quienes abanderan la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad intelectual.

2. La adopción de la medida de protección: principios inspiradores

En 1983, el legislador español afronta la reforma de la incapacitación y de la tutela y lo hace inspirándose en unos principios que hoy pueden considerarse plenamente vigentes, respetuosos con la dignidad de la persona y con sus libertades fundamentales, alineados con los principios recogidos quince años más tarde en la Recomendación nº R (99) 4 del Consejo de Europa para la protección jurídica de los mayores incapacitados. Si estos principios siguen hoy vigentes, si los países de nuestro entorno han reformado sus legislaciones en este sentido, ¿qué sucede en España? ¿por qué el Comité de Naciones Unidas considera inaplazable su reforma? ¿Por qué el Ministerio Fiscal cuestiona su encaje en la Convención de Nueva York? Y ¿Por qué el Tribunal Supremo lo considera en líneas generales respetuoso con la Constitución Española y con la Convención?

Varias son las respuestas que pueden darse a los interrogantes planteados; la percepción social negativa del procedimiento que únicamente atiende a ese aspecto de privación o limitación de capacidad en lugar de poner el acento en el efecto positivo cual es la protección de la persona a través de la provisión de mecanismos de apoyo que funcionen respetando los principios generales recogidos en el artículo 3 de la Convención; su aplicación judicial que se limita en la mayoría de los casos a declarar la incapacitación y el sometimiento a tutela de la persona afectada, consecuencia, probablemente, del recurso a la incapacitación judicial en los casos más extremos o graves cuya protección, sin duda, requiere la articulación de la representación legal en todos los ámbitos de la vida de la persona afectada; frente a la preferencia que manifiesta la Convención por instituciones, como la curatela, que implican asistencia en la toma de decisiones y no

³ Acaso podría considerarse contraria al principio de necesidad.

sustitución. Junto a estas explicaciones, en clave sociológica y judicial, debería subrayarse lo dispuesto en el primer inciso del artículo 760 LEC: *la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.*

No se recoge ninguna preferencia legal por el régimen de sustitución (representación legal), articulado a través de la tutela o de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Se deja en manos del juzgador su determinación y la elección de la institución de protección adecuada a la situación de vulnerabilidad detectada (tutor, curador, asistente).

La autoridad judicial está obligada (“determinará”) a adaptar la protección a la capacidad de autogobierno probada a lo largo del procedimiento.

¿Sería deseable introducir tal y como apunta el Comité de Naciones Unidas, que no la Convención, una preferencia legal por el régimen de asistencia? ¿O es preferible dejar al prudente arbitrio de la autoridad judicial la determinación del régimen de sustitución o asistencia que precisa la adecuada protección de la persona en cuestión? ¿Qué ventajas e inconvenientes derivan de una u otra fórmula?

A responder los interrogantes planteados se destinará la última parte de esta comunicación, tras analizar en detalle los principios relativos a la protección jurídica de las personas mayores de edad contenidos en la Recomendación del Consejo de Europa y los propios de la Convención de Nueva York que deben constituir la directriz de la nueva regulación del procedimiento para la adopción de las medidas de protección.